Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag.

Erste Abtheilung:

Die Vorverträge bei den Konsensualkontrakten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der

hohen juristischen Fakultät

der Königl. Bayer. Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

eingereicht von

Paul Gottschalk,

Referendar

aus Hilden.

Minden.

Gedruckt bei J. C. C. Bruns.

1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0069

Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag.

Erste Abtheilung:

Die Vorverträge bei den Konsensualkontrakten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der

hohen juristischen Fakultät

der Königl. Bayer. Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

eingereicht von

Paul Gottschalk,

Referendar

aus Hilden.

Minden.

Gedruckt bei J. C. C. Bruns.

1895.

Dem Andenken seiner lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Disposition.

Einleitung.

Ueber das Wort Vorvertrag. Sein Ursprung. Gegenüberstellung desselben mit den anderen deutschen Bezeichnungen und dem ursprünglichen pactum de contrahendo. §. 1.

I.

Kurze Darstellung über das Wesentliche des Vorvertrages im allgemeinen, als Grundlage für die Betrachtung des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten im besonderen.

1. Definition des Begriffes.
2. Entstehungsgründe.
3. Arten des Vorvertrages. §. 2.
4. Ueber den Inhalt.
   a) Allgemeines. §. 3.
   b) Rechte des Berechtigten.
   c) Rechte des Verpflichteten. §. 4.
   d) Zulässigkeit
      α. der Cession,
      β. der Vererblichkeit. §. 5.
5. Ueber die Form. §. 6.
6. Welche Verträge lassen einen Vorvertrag zu? Seine Zulässigkeit zu Konsensualkontrakten ist

am meisten bestritten. Darüber soll im Folgenden eingehender gehandelt werden. §. 7.

II.

Ueber den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten im Besonderen.

A. Der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in der Theorie. §. 8.

1. Ist derselbe logisch möglich?
   a) Ausführungen, welche seine logische Möglichkeit bestreiten.
   b) Ausführungen, welche sie begründen.
2. Ist es eine in sich widersprechende Willenserklärung, wenn der Vorvertrag den Hauptvertrag von sich ausschliesst?

B. Der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in seiner Anwendung im Verkehr.

1. Wie steht es mit der Anwendung des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten im Verkehr im allgemeinen? §. 9.
2. Ueber den einseitig bindenden Vorvertrag zu Konsensualkontrakten nach römischem und heutigem Recht. §. 10. Ist insbesondere
   a) der vertragsmässige Vorbehalt des Wiederkaufs ein Vorvertrag?
   b) die unwiderrufliche Offerte ein Vorvertrag?
3. Ueber den zweiseitig bindenden Vorvertrag zu Konsensualkontrakten. §. 11. Welche Fälle sind nach heutigem Recht als zweiseitig bindende Vorverträge zu Konsensualkontrakten zu betrachten?
   a) Der Fall, dass der Vertrag perfekt ist, es

fehlen nur verschiedene Nebenbestimmungen dispositiver Natur.

b) Der Fall, dass der Vertrag an sich abgeschlossen ist, er soll nur um der vollständigen Perfektion willen in einer nöthigen Form nochmals abgeschlossen werden.

4. Kann ein anticipirter Vertragsbestandtheil als Vorvertrag angesehen werden?
5. Kann man die sog. pacta praeparatoria zu den Vorverträgen im eigentlichen Sinne rechnen? §. 12.
6. Wann beruht der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten auf sachlich richtigem Motiv? §. 13.
7. Ist dem Vorvertaag zu Konsensualkontrakten im Gegensatz zu dem Vorvertrag im allgemeinen bezüglich der Form etc. etwas eigenthümlich? §. 14.

C. Wie steht es mit dem Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in der Praxis? §. 15.

Beispiel und Begründung einer gerichtlichen Entscheidung, welche sich

a) für,

b) gegen seine Gültigkeit

aussprechen.

D. Ueber den Zweck und das Ziel des Vorvertrages. §. 16.

Schluss. Zusammenfassendes. §. 17.

Einleitung.

§. 1.

(Quellen: Thöl, H. R. I, §. 62. Note 1. Göppert, Kr V. J Schr. S. 404. Dernburg II, §. 10, S. 26.)

Das Wort Vorvertrag stammt von Thöl.

Er hält diesen Ausdruck für angemessen, da die anderen Bezeichnungen, wie: Vertragsberedung, Vertragsverabredung oder Vereinbarung sich nicht hätten einbürgern wollen. Auch glaubt er darauf hinweisen zu müssen, ein Wort wie Vertragsberedung bezeichne mehr blosse Traktate und damit gerade nicht, dass hier bereits ein Vertrag vorliege.[1]) Ob nun das Wort Vorvertrag im Vergleich mit der ursprünglichen Bezeichnung pactum de contrahendo gerade so passend erscheint, wie wir es im Vergleich mit den deutschen Ausdrücken Vertragsberedung etc. glauben zugeben zu dürfen, ist eine andere Frage. Wir können die endgiltige Entscheidung derselben dahin gestellt sein lassen[2]), doch wird zuzugeben sein, dass in der Be-

[1]) „Was nur besprochen und beredet ist," sagt er, „ist nicht versprochen und verabredet, dictum ist nicht promissum."

[2]) Wir weisen darauf hin, dass für die Rechtswissenschaft als solche kein mindester Nachtheil in der fremden Herkunft eines technischen Ausdruckes zu erblicken ist. Umgekehrt wird viel-

zeichnung pactum de contrahendo das Ziel dieses Instituts, eben das künftige contrahere mehr liegt und zur Geltung kommt, als in dem deutschen Worte Vorvertrag, wie allerdings andererseits auch das Bedenken nicht unbegründet ist, dass der Begriff des pactum de contrahendo zu eng ist.

I.

1. Begriff. 2. Entstehungsgründe. 3. Arten des Vorvertrages.

§. 2.

(Quellen: Endemann, Handb. II, S. 418 ff. Göppert, Kr, V. J. Schr., S. 408. Thöl §. 246. Bechmann S. 271, 281. Göppert, S. 418 ff.)

Im Hinblick auf die uns zur Bearbeitung vorliegende Materie bemerken wir, dass wir die Betrachtung über den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten durch eine kurze Abhandlung über das wesentliche des Vorvertrages im Allgemeinen vorbereiten werden.

Hierbei gehen wir von der Definition Thöl's aus, als einer der klarsten in der einschlägigen Literatur. Sie lautet: „Das Wort Vorvertrag bezeichnet einen Vertrag vor einem Vertrage, d. h. einen Vertrag dahin geschlossen, dass ein Vertrag geschlossen werden solle, also einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht."

Ein solcher Vorvertrag kann entstehen durch Rechtsvorschrift und Rechtsgeschäft: das letztere hin-

mehr einem einheimischen, der nicht durch Gewohnheit und Gebrauch nach jeder Richtung fixirt ist, nicht gerade besonderen Vortheil deshalb beizumessen sein, weil er eben ein einheimischer ist.

wiederum kann sein eine letztwillige Verfügung oder ein Vertrag.[1])

Im weiteren kann der Vorvertrag ein alleiniger Vertrag oder Nebenvertrag eines anderen sein. Er tritt uns insbesondere als einseitiger oder zweiseitiger Vertrag entgegen. Jener begründet für den Promittenten die Verpflichtung, beim Abschluss eines anderen Vertrages als Kontrahent mitzuwirken, dieser ist vorhanden, wenn jede Partei der anderen gegenüber verpflichtet ist, den Hauptvertrag auf Verlangen abzuschliessen. Es sei hier nur kurz ein Punkt berührt, dem wir unten bei der Betrachtung der Vorverträge zu Konsensualkontrakten noch näher treten werden. Es ist dies die Ansicht, dass den Quellen der einseitige Vorvertrag zum Kauf, also einem Konsensualkontrakt als formell selbstän-

[1]) Aus den Quellen sei als Beleg gesetzlicher Obligation auf Kontraktschluss l. 1. C. de metallar 11, 6 angeführt:

„Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut, quicunque metallorum exercitium vellet affluere, is labore proprio et sibi et rei publicae commoda compararet. Itaque si qui sponte confluxerint, eos laudabilitas tua octonos scripulos in balluca, quae graece χρύσαμμος appellatur, cogat exsolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant."

L. 30, §. 3, D. de leg. 32 diene als Beispiel einer testamentarisch auferlegten Verpflichtung zum contrahere: „Si fundum mihi vendere certo pretio damnatus es, nullum fructum ejus rei ea venditione excipere tibi liberum erit, quia id pretium ad totam causam fundi pertinet."

Was das vertragsmässige Eingehen einer solchen Verpflichtung anbetrifft, so sei hier die in der Literatur viel erwähnte und ihrem Inhalt nach viel bestrittene l. 68 D. de V O. 45, 1 citirt:

„Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses: certa est et utilis stipulatio. Quodsi ita stipulatus fuero: pecunia te mihi crediturum spondes; incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest."

diges Geschäft völlig fremd ist. Als unselbständigen Bestandtheil eines anderen Rechtsgeschäftes enthalten ihn die Quellen insonderheit beim Kauf und bei der Erbteilung. Eine weitverbreitete Ansicht geht dahin, dass der Vorvertrag in der Regel als einseitiger eingegangen werde, doch finden wir auch bei anderen wiederum die umgekehrte Ansicht[1]). In der Literatur des gemeinen Rechts wird vielfach die Ansicht vertreten, der Borger sei zur Annahme genötigt, wenn der Darleiher auch ein Interesse daran habe, wie es wohl bei zinsbaren Darlehen die Regel bildet. Nimmt man hier also die Zweiseitigkeit stets bei der Beiderseitigkeit des Interesses an, so würde es sich wohl mehr empfehlen, darauf zu sehen, ob wirklich ein jeder oder nur der eine oder der andere Teil sich zu dem contrahere obligieren wollte oder sich wirklich verpflichtet hat und wäre darnach die Frage, ob Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit vorliege, zu entscheiden.

4. Ueber den Inhalt.

§. 3.

(Quellen: Endemann, Handb. S. 418. Göppert, S. 417. Beseler II, 1, S. 60, 61. Göppert, S. 417. Endemann, S. 418, Abs. 2.)

Wir wenden uns der Besprechung des Inhaltes des Vorvertrages zu. Hinsichtlich der Grundsätze, welche bei dem Vorvertrage anzuwenden seien, sind wir mit anderen der Meinung, dass er den allgemeinen Vertragsgrundsätzen unterliege. Von Wichtigkeit ist dabei die Absicht, für den einen Teil oder für beide

[1]) So bezeichnet das sächsische Gesetzbuch §. 1068 das pactum de mutuando als zweiseitigen Vertrag. Das preussische Landrecht Th. 1 Tit. 11 §. 654 charakterisirt dasselbe als einseitiges Versprechen des künftigen Darleihers, verpflichtet jedoch den Borger, das Geld wirklich anzunehmen.

eine rechtliche Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrages zu begründen. Es wird indessen ratsam sein, im einzelnen Falle eingehend zu erforschen, ob diese Absicht wirklich vorliegt. So wird man den Kauf zur Probe nicht als Vorvertrag bezeichnen können, wie auch diese Ansicht im Art. 341 des H.-G.-B. bestätigt wird: „Der Kauf zur Probe ist unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes."

Unter Berücksichtigung der oben gegebenen Definition müssen wir den eigentlichen Inhalt dahin charakterisiren, dass er auf die Verpflichtung zur Leistung der erforderlichen Mitwirkung bei dem zukünftigen Vertragsschluss geht. Welcher Art aber der übrige Inhalt des Vorvertrages sein muss, um die Verpflichtung zu erzeugen, ist bestritten.

Dass die Art des Vorvertrages bestimmt sein muss, ist wohl natürlich. Manche verlangen aber auch, dass der Vorvertrag alle Essentialien des beabsichtigten Vertrages bereits enthalte. So heisst es im österreichischen Gesetzbuch §. 936: „Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn .... die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt sind." Auch Beseler wünscht vor allem Gewissheit und Bestimmtheit des Konsenses und des Gegenstandes. Es genüge nicht, dass der in Zukunft abzuschliessende Vertrag nur im allgemeinen bezeichnet sei, er müsse auch so bestimmt sein, dass eine Klage auf Vollziehung ihn in allen wesentlichen Punkten feststellen könne. „Was wäre das z. B. für ein Vertrag," sagt er, „wenn einer dem anderen so ganz im allgemeinen verspräche, ihm sein Landgut verkaufen zu wollen?" Andererseits giebt er auch zu, dass eine grössere Bestimmtheit des vor-

angehenden Vertrages jetzt, unter dem Zeichen der Formlosigkeit der Verträge, leicht die Gefahr mit sich bringe, ihn für das beabsichtigte Hauptgeschäft selbst zu halten. Diese Ansicht wird von anderen wiederum bekämpft. Man wendet ein, unter diesen Voraussetzungen wäre ja jeder Vertrag ungiltig, durch welchen Jemandem Baar-Kredit versprochen würde, denn zu den Essentialien des Darlehns, selbst wenn es als Konsensualkontrakt aufgefasst werde, gehöre doch sicherlich das Feststehen der geliehenen Summe. Diese Meinung — wir finden dieselbe auch bei Endemann — scheint uns ganz annehmbar zu sein, denn sie äussert sich dahin, dass der Inhalt des in Aussicht genommenen Vertrages so weit bestimmt sein muss, dass die Höhe der in dem contrahere enthaltenen Belastung des Promittenten nicht lediglich von der unbeschränkten Willkür des Promissars abhängt. So wäre etwa ein pactum de vendendo für den Fall, dass der künftige Preis vollständig unbestimmt gelassen wäre, so dass der Berechtigte ihn beliebig bestimmen könnte, als unverbindlich zu betrachten. Man wird daher wohl zu einem befriedigenden Resultat kommen, wenn man sich dahin entscheidet, dass sich nur unter Berücksichtigung der besonderen Art des Hauptvertrages bestimmen lässt, wieviel vom Inhalt des Hauptvertrages bereits im Vorvertrage festgestellt sein muss.

§. 4.

(Quellen: Göppert, S. 426, 427. Degenkolb. S. 47. Beseler, II, 1, S. 61, A. 50. Seuffert, Arch. XXX, 111. Endemann, S. 419. Göppert, S. 409 ff. Windscheid, §. 310. Endemann, S. 419. Degenkolb, S. 43 ff. Thöl, §. 246.)

Der wesentlichste Punkt nun, der sich an diese Betrachtung über den Inhalt anreiht, betrifft wohl die

Rechte und Pflichten, welche den Kontrahenten aus demselben erwachsen.

In der älteren Literatur und besonders auch in der gemeinrechtlichen Praxis zeigt sich eine merkwürdige Neigung, den Verpflichteten zu begünstigen. Einerseits hängt die Pflicht, an einem Vertragsschluss mitzuwirken, in ihrer Erfüllung von der Mitwirkung des Gläubigers ab. Man erwartet eben in solchen Fällen, dass der Gläubiger sich in einer notwendigen Weise erkläre. Unterlässt er aber eine solche Erklärung, so liegt die Frage nahe, inwieweit der Schuldner noch verhaftet bleibe und wie weit dies in der Absicht der Parteien liege. Andererseits kann der Vorvertrag auch zu einem Vertrage in Beziehung stehen, durch welchen der Belastete Kredit gewährt. Für diesen Fall wird man der Ansicht sein können, dass die Kreditirung im Hinblick auf die gegenwärtige Vermögenslage erfolge. Von Wichtigkeit wird dieser Umstand aber, wenn sich die Verhältnisse des Berechtigten in der Zwischenzeit erheblich verschlechtern. Wir erwähnten schon, dass sich die ältere Literatur und die gemeinrechtliche Praxis gern zu Gunsten des Schuldners entscheiden und so bringen sie bei der Klage auf Kontraktschluss ein Institut zur Anwendung, welches schon zu mancherlei Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten Anlass gegeben hat; wir meinen die clausula rebus sic stantibus. Im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche ist dieses Prinzip niedergelegt worden. Es heisst dort §. 936: „Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn . . . . und die Nebenumstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Um-

ständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Teiles verloren wird.“ In diesem Sinne entscheidet auch der oberste Gerichtshof von Bayern in seinem Erkenntniss vom 3. November 1874. Manche Schriftsteller, unter anderen auch Beseler, Degenkolb, billigen für diesen Fall die Anwendung der Klausel, wohingegen andere ihr die Berechtigung absprechen, doch den Verpflichteten für berechtigt halten, die Eingehung des Hauptvertrages zu verweigern, wenn der Berechtigte nicht alle ihm obliegenden Vertragsbedingungen, wie etwa die Sicherheitsbestellung für das versprochene Darlehn, erfüllt. Auch Göppert wendet sich gegen die Vertheidiger der Klausel und wirft mit Recht die Frage auf, ob denn derjenige mehr Rücksicht verdiene, der Kredit zu gewähren versprochen hat, als derjenige, welcher eine Leistung bereits auf Kredit gemacht hat. Der letztere hat doch sicherlich die Leistung im Hinblick auf die gegenwärtige Vermögenslage gemacht, man gestattet ihm jedoch nicht, wegen Verschlechterung der Verhältnisse des Schuldners, seine Forderung sofort einzuklagen. Man muss bedenken, dass mit jedem auf die Zukunft gerichteten Geschäfte eine Gefahr verbunden ist, und dessen muss der Handelnde sich auch bewusst sein. Es würde doch sicherlich eine erhebliche Unsicherheit und Unbeständigkeit in den auf die Zukunft gerichteten Abschlüssen Platz greifen, wenn das Recht in dem erwähnten Umfange ein Zurücktreten gestattete. Es wird sich daher wohl vertheidigen lassen, wenn man sich für die Gleichstellung desjenigen, welcher Kredit zu geben verspricht mit dem, der Kredit giebt, ausspricht und in gleicher Weise wie für diesen so auch

für jenen die Anwendung der clausula rebus sic stantibus negiert.

So ist im wesentlichen die Lage des Verpflichteten. Wie steht es aber mit dem Recht des Berechtigten. Es handelt sich hier vornehmlich um die Frage, ob der Anspruch des Berechtigten auf die Leistung des contrahere geht oder vielmehr nur auf das Interesse. Nach der Meinung vieler Juristen entsteht aus dem Vorvertrage ein Forderungsrecht auf Abschluss des Hauptvertrages; demnach — für den Fall, dass der Abschluss unmöglich würde — etwa, wenn der versprochene Verkauf wegen des Unterganges der betreffenden Sache nicht mehr giltig abgeschlossen werden kann — auf die Leistung dessen, was der Berechtigte durch Abschluss des Hauptvertrages gehabt haben würde. Die Anhänger dieser Meinung lassen unter Anziehung der l. 68. D. de V. O. 45, 1 [1]) auch bei Möglichkeit des Abschlusses die Verurteilung nur auf die Leistung des Interesses gehen. Doch wird dies vielfach bestritten. Man macht geltend, es sei kaum zu bezweifeln, dass bei den prätorischen Stipulationen die direkte Richtung der Verpflichtung auf das contrahere gehe, und entscheidet sich dementsprechend für diese Meinung auch beim pactum de contrahendo. Auch aus der l. 68. D. de V. O. gehe nicht hervor, ob das quod mea interest von vornherein den Anspruch darstelle oder den Gegenstand der Kondemnation. Ja, für das Gegenteil führt man an, dass bei testamentarischer Kontrahierpflicht, wo doch ebenfalls Verurteilung in Geld stattfand, in l. 49, §. 9 D. de leg. 30 ausdrücklich gesagt wird:

[1]) „Si poenam stipulatus fuero. Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes; incerta est stipulatio; quia id venit in stipulationem, quod mea interest."

„Quodsi certo pretio sit damnatus facere, necesse habet tanti vendere, quanti damnatus est.“

Auf das Ausführlichste streitet man über diese Fragen, ob Interesse oder Leistung des contrahere sowohl in Bezug auf das römische wie auf das heutige Recht. Wir glauben uns auf diese Fragen nicht eingehender einlassen zu dürfen und sehen eine Berechtigung, anzunehmen, dass nach R. R. nur Interesse verlangt werden konnte, darin, dass der römische Prozess nur eine Kondemnation in Geld kannte. Heutzutage sind die Exekutionsmittel eben wesentlich andere und ausgedehntere. Demgemäss kann nach heutigem Recht auch Kondemnation in das contrahere erfolgen; so sagt §. 779 der R. C. P. O.: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.“ Ob aber das Endresultat in manchen Fällen nicht auch noch heutzutage die Leistung des Interesses sein wird, wollen wir hier nicht erörtern. Erwähnt sei noch, dass Thöl doch recht weit geht, wenn er behauptet, die Willenserklärung des durch den Vorvertrag Verpflichteten werde ersetzt schon durch seine Verpflichtung selbst.

§. 5.

(Quellen: Endemann, S. 420. Göppert, S. 424. Seuffert, Arch. IV, 47 und XIX, 35.)

Der Anspruch aus dem Vorvertrage unterliegt nach der herrschenden Ansicht, wenigstens soweit wir die Literatur übersehen, gemeinrechtlich der gewöhnlichen Verjährung. Ueber die Zulässigkeit der Cession und der Vererblichkeit von Recht und Pflicht aus dem Vorvertrage gehen die Meinungen auseinander. Wir behaupten mit Endemann, dass die Zulässigkeit der

Cession nur von Fall zu Fall beurteilt werden kann. Für unanwendbar halten wir sie, wenn im Hauptvertrag der aus dem Vorvertrag Berechtigte eine Verpflichtung zu übernehmen hat, oder wenn der Inhalt der vom Verpflichteten zu versprechenden Leistung durch die Persönlichkeit des Gläubigers bestimmt wird. Die Vererblichkeit von Recht und Pflicht bestimmt sich in ähnlicher Weise.[1]) Andere gehen noch weiter, indem sie es schlechthin für eine Eigentümlichkeit der Obligationen aus Vorverträgen erklären, dass sie vom Gläubiger nicht cediert werden können und auf seine Erben nicht übergehen.

Die Begründung dieser Ansicht ist ganz einleuchtend. Bei Zahlungen u. s. w. ist es gleichgiltig, ob an den A. oder B. geleistet wird, beim Abschluss eines Vertrages hingegen gehört die bestimmte Person zum Wesen des Vorganges. So tritt der Unterschied sehr erheblich hervor, wenn der versprochene Vertrag eine Kreditgewährung an den Promissar enthalten soll. Oder wie sollte etwa das contrahere erfolgen, wenn der Promissar von mehreren Personen beerbt wird[2]).

---

[1]) So ist beispielshalber der Vorvertrag über die Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft dann unvererblich, wenn nicht ausdrücklich festgesetzt war, dass dieselbe auch mit den Erben eines Kontrahenten geschlossen werden soll.

[2]) Zwei Beispiele aus der Praxis mögen hier eine Stelle finden. Seuffert, Archiv Bd. IV, Nr. 47, Erk. vom April 1850: „Nach der Praxis des O. A. G. zu Dresden ist das Vorkaufsrecht auf diejenigen Personen zu beschränken, denen es ausdrücklich stipuliert worden ist. Den Erben des ursprünglich Berechtigten ist es nur da zuzuerkennen, wo es in besonderen Umständen vorliegt, dass es auch im Interesse der Erben bedungen worden sei."

Seuffert, Archiv Bd. XIX, Nr. 35, Erk. des O. A. G. zu Oldenburg von 1861: „Eine Cession des Anspruchs aus dem

Für den Fall, dass sich der Anspruch schon in eine Interessenforderung umgesetzt hat, lässt man die Cession und Vererblichkeit zu. Mit Recht, denn in diesem Falle schwindet jede subjektive Färbung.

5. Über die Form.

§. 6.

(Quellen: Windscheid, §. 310. Degenkolb, S. 35, 37. Jhering, Jahrb. XXX, 3. u. 4. Heft, S. 223 ff.)

In enger Beziehung mit der Frage über die Erfordernisse des Inhalts des Vorvertrages steht die Frage bezüglich einer etwa notwendigen Form. Windscheid äussert sich dahin, dass die dem Hauptvertrage hinsichtlich seiner Giltigkeit eigentümlichen Erfordernisse, insbesondere auch das Erfordernis einer etwa gesetzlich vorgeschriebenen Form, für den Vorvertrag dann in Anwendung kommen, wenn das Recht ohne Erfüllung dieser Erfordernisse den Willen überhaupt nicht binden will. Doch nimmt er den Fall aus, wo das Recht von der Erfüllung dieser Erfordernisse eine besondere Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses abhängig mache. Diese Ansicht, welche übrigens in das sächsische Partikularrecht übergegangen ist, wird vielfach bestritten. So erklärt Degenkolb,

pactum de mutuando auf die Auszahlung der versprochenen Darlehnssumme in dem Sinne, dass an Stelle des Cedenten der Cessionar durch die Realisirung des Anspruchs Darlehnsschuldner des Mitpaciscenten werde, wär bereits als rechtlich unmöglich anerkannt. Zur Entscheidung stand aber noch: ob nicht die Cession in dem Sinne rechtlich möglich sei, dass zwar das Recht des Cedenten auf Auszahlung der jenem versprochenen Darlehnssumme dem Cessionar erworben, dann aber durch die Zahlung an diesen der Cedent selbst der Dahrlehnsschuldner werde? Vom O. A. G. zu Oldenburg wurde auch das vermeint."

dass unter diesen Umständen gar keine Vorverträge mehr vorkommen könnten; denn nach Windscheid's Ausführung wäre der Vorvertrag, wenn er allen Erfornissen des Hauptvertrages genügen müsse, auch in seinem Haupterfordernis, dem Vertragsinhalt, mit demselben identisch. Dieser Schluss kann unserer Ansicht nach nur für den ersten Teil der Windscheid'schen Ausführung zulässig sein, nicht aber unter Berücksichtigung des Nachsatzes: „wenn das Recht ohne Erfüllung dieser Erfordernisse den Willen überhaupt nicht binden will." Auch können wir, wie oben gezeigt, den Inhalt nicht schlechthin als Giltigkeitserfordernis ansehen. Degenkolb wird nun nach der Kritik über Windscheid's Auffassung[1]) dahin schlüssig, dass er zwei Unterscheidungen macht, die zwar der Fassung nach nicht völlig übereinstimmen, jedoch auf denselben Grundgedanken zurückgehen. Die eine unterscheidet zwischen Formvorschriften, welche die Perfektion im Interesse der Parteien erschweren und allen übrigen; die andere zwischen Formvorschriften, welche auf den Willen der Partei einwirken sollen und denen, welche nur im Interesse sicherer Konstatierung des bestehenden Willens erlassen sind. Hieraus ergiebt sich die Gegenüberstellung der Formvorschritten zur Verhütung von Uebereilung einerseits mit allen anderen anderer-

[1]) Durch die Ausnahme, die Windscheid macht, erklärt er das pactum de cambiando für möglich, indem er von der cambialen Beschaffenheit nicht die Giltigkeit, sondern nur die Wechselmässigkeit der begründeten Forderung abhängig macht. Dies kann jedoch nur für die meisten derartigen Fälle gelten; denn es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Wechsel nur als Wechsel oder, etwa wegen Verschweigung der causa, gar nicht bestehen kann. Demnach wäre die Wechselform doch thatsächlich das Giltigkeitserfordernis des Geschäftes.

seits. Die ersteren kommen für Vor- und Hauptvertrag gemeinsam zur Geltung, während die letzteren nicht ohne weiteres eine Uebertragung von dem Hauptvertrag auf den Vorvertrag zulassen. Ist auch kaum zu leugnen, dass diese Erklärungen manches für sich haben, ja auch der Angriff auf die Anschauung Windscheid's bezüglich der oben erwähnten Ausnahme (vgl. S. 21 Anm.) nicht unglücklich ist, so wird sie doch kaum die klare, einfache und wohl durchgängig auch erschöpfende Darlegung Windscheid's übertreffen.

6. Welche Verträge lassen einen Vorvertrag zu?

§. 7.

(Quellen: Endemann, S. 420. Göppert, S. 422. Thöl, §. 246.)

Sind durch diese Betrachtungen wohl die wesentlichen Punkte über den Vorvertrag berührt und kurz erörtert worden, so drängt sich uns zum Schluss noch die Frage auf, ob der Vorvertrag bei allen Gattungen von Verträgen zulässig sei. Viele Juristen lassen den Vorvertrag bei allen Verträgen gelten, doch ist dies durchaus nicht unbestritten. In der uns vorliegenden Literatur scheint uns nur das pactum de cambiando unangefochten geblieben zu sein. Selbst die Vorverträge zu Realkontrakten, welche vorzugsweise noch anerkannt werden, werden bestritten. Man wird jedoch behaupten können, dass dem Realkontrakt jedenfalls unzweifelhaft ein Vorvertrag vorhergehen kann, soweit heute noch anzunehmen ist, dass derselbe nur durch Geben entstehen kann. Gesetzt, von Wiedergeben könne keine Rede sein, bevor das Geben erfolgt ist, so ist doch wohl ein Vorvertrag denkbar, welcher durch das Geben erfüllt werden soll und ein Recht auf gehörige Erfül-

lung giebt. Selbst dort, wo der Vorvertrag zu einem Realkontrakte nicht selbständig hervortritt, wird man ihn als vorhanden annehmen können, denn dem Geben einer Sache wird immer der Wille vorhergehen, sie in bestimmter Weise zu geben, etwa ein Darlehn, darlehnsweise. Und zwar ist dieser Wille ein acceptierter Wille, also ein Vertrag. Für diese Hypothese spricht der Fall, dass das Geben nicht das Gewollte ist. Es wird etwa falsches Geld als Darlehn gegeben.

Diese Giltigkeit der Vorverträge zu Realkontrakten ist, wie gesagt, nicht unbestritten gelassen. Weitaus mehr wird diese Giltigkeitsfrage jedoch der Anfechtung ausgesetzt sein, wenn man, wie fast allgemein behauptet wird, die Realkontrakte heutzutage zu den Konsensualkontrakten rechnet. Denn die Zulässigkeit der Vorverträge zu den Konsensualkontrakten ist von jeher am meisten angefochten worden. Es wird unsere Aufgabe sein, im Folgenden eingehender zu betrachten, welche Gründe sich für und gegen die Zulässigkeit der Vorverträge zu Konsensualkontrakten anführen lassen.

II.

A. Über den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in der Theorie.

Ist derselbe logisch möglich?

§. 8.

(Quellen: Koch, Ford., §. 70, S. 197. Storch, S. 60 ff. Geller, S. 144 ff. Förster, Bd. I, S. 419. Degenkolb, S. 71 ff. R. O. H. G., Entsch. Bd. II, S. 125.)

Wie sehr dem Vorvertrag seine Existenz zu Konsensualkontrakten abgestritten wird, darüber belehrt uns der erste Blick in die dieses Gebiet mehr oder weniger behandelnde Literatur. Wir sagen absichtlich mehr oder weniger, denn bei Behandlung der Vorverträge, finden wir, haben sich nur einige wenige Juristen dem Vorvertrage zu Konsensualkontrakten eingehender gewidmet. Fast immer lautet, sowie dieses Gebiet zur Sprache kommt, der lakonische Bescheid, der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten existiere kaum, denn bei ihnen falle ja der vermeintliche Vorvertrag mit dem Hauptvertrage zusammen. Warum? Weil der Vorvertrag wie jeder andere Vertrag zur rechtlichen Giltigkeit der nötigen Bestimmtheit bedarf. Da er nun unter dieser Voraussetzung die Essentialien des in Aussicht genommenen Hauptvertrages hinreichend be-

stimmt, so ist, falls der Hauptvertrag nicht noch einer besonderen Form bedarf, der Vertragswille hinsichtlich des Hauptvertrages schon als gegenwärtiger Vertragswille durch den vermeintlichen Vorvertrag gegeben und erklärt. Storch, der diese Ansicht über die Nichtexistenz des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten schlechthin als nicht bestritten hinstellt, sucht trotzdem noch eine Begründung dieser nach seiner Meinung nicht bestrittenen Ansicht zu geben. Geht man von der Erwägung aus, meint er, dass „Vertragsschliessen", „sich verpflichten" oder „freiwillig seinen Willen binden" heisst, so bedeute „einen Vertrag eingehen über einen zu schliessenden Vertrag", „seinen Willen dahin binden, dass der Wille gebunden werden solle."

Hierin liege nun aber ein logischer Pleonasmus, denn das „seinen Willen binden" sei lediglich ein im Geiste des Menschen sich vollziehender Vorgang, der sich nur durch das, worauf die Verpflichtung gerichtet ist, äusserlich bethätige. Der Gegenstand einer Verpflichtung könne nur etwas äusserlich Erkennbares sein, ein Handeln, Thun und sof., nicht aber eine abstrakte Geistes- oder Willensthätigkeit. An anderer Stelle äussert man sich dahin, die Erklärung, etwas künftig zu wollen, sei nur ein Traktat, der Vorvertrag als ein wirklicher Vertrag schliesse daher nothwendig die Erklärung gegenwärtigen Willens in sich, sei also selbst schon der Hauptvertrag; aufgeschoben sei nur die Erfüllung, nicht der Abschluss jenes Hauptvertrages. Endlich scheint Förster dem Vorvertrage überhaupt die Existenzberechtigung zu nehmen. Er sagt von den Vorverträgen im Gegensatz zu den sog. Traktaten, sie bänden, weil sie schon Vereinbarungen geworden seien, gegenseitig und zwar dahin, dass der

eigentliche Vertragsschluss nachfolgen müsse. Da nun im heutigen Recht alle Verträge (was zu beweisen ist) als Konsensualkontrakte aufgefasst würden, so ist seine notwendige Folgerung, dass derartige vorbereitende Verabredungen ihre Bedeutung verloren hätten. Der vorbereitende und der Hauptvertrag fielen zusammen.

Das Ziel all dieser eben angegebenen Ausführungen, welche die Existenzfrage des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten vom Standpunkte der Logik aus verneinen, ist das, zu zeigen, dass die bindende Erklärung, etwas künftig zu wollen, diesen Willen schon als gegenwärtigen enthält. Da demnach nur die Erfüllung aufgeschoben sei, so sei der Vorvertrag, logisch geschlossen, schon der Hauptvertrag. Fällt aber der Vorvertrag mit dem Hauptvertrag zusammen, so kann der erstere nicht auf Abschluss des letzteren gehen.

Es ist kaum zu verkennen, dass diese Ausführungen in abstracto bestechend wirken können, doch wollen wir auch die zu ihrer Widerlegung vorgebrachten Gründe näher betrachten.

So tritt besonders Degenkolb als der Hauptverfechter der Giltigkeit des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten gegen diese gegnerischen Schlüsse ein. Er hält eine bindende Zusage, eine künftige Willenserklärung abzugeben, mit dieser letzteren nicht für identisch, und die Erklärung, sich zu künftigem Vertragsschluss zu verpflichten, logisch nicht schon für diesen Vertragsschluss. Selbst wenn man dieses annehme, so werde doch dadurch ein künftiges nochmaliges identisches contrahere nicht ausgeschlossen. Die Fehler der gegnerischen Argumentation glaubt er in der einseitigen Betonung des abstrakten, des geistigen Vorgangs eines blossen Willens zu erblicken. In Wahrheit liege für ihn

der Gegensatz des Vorvertragsschlusses zu dem Hauptvertragsschlusse nicht in dem Gegensatz des gegenwärtigen und zukünftigen Wollens als eines abstrakten, rein geistigen Vorganges, sondern im Gegensatz gegenwärtigen und zukünftigen Handelns. Denn die Erklärung selbst sei Handlung und so nicht blos Zeichen eines Willens, sondern wirkliche Verfügungsthat. Nimmt man diese Hypothese, die Willenserklärung sei selbst Handlung, was durch oberstinstanzliche Entscheidungen (vgl. R. O. H. Entscheid. Bd. II, S. 125) nicht ausser Zweifel gelassen ist, als erwiesen an, so ist durch das Versprechen, die That künftig zu vollziehen, nicht schon die That vollendet. Man könnte sonst etwa behaupten, das Versprechen, künftig zu Geben, sei Erklärung des gegenwärtigen Gebewillens mit aufgehobener Erfüllung.

Müssen wir nun, wie schon bemerkt, zugeben, dass die Gegner des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten auf dem Gebiete der Logik sicherlich manches Ueberzeugende vorbringen, so wird doch auf den Beobachter Degenkolb's widerlegende Polemik zu Gunsten der Existenzfrage des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten einwirken. Dies wird besonders dann der Fall sein, wenn man bedenkt, dass der Zweifel — betreffend die oben angeführte Hypothese (vgl. S. 26) — der oberstinstanzlichen Behörde nur für das preussische Landrecht Bezug hat und wenn man, an die Betrachtung über den Vorvertrag im vorliegenden Falle mit unbefangenem Gefühle herantretend, sein thatsächliches Vorhandensein im Verkehr erwägt.

Man hat ferner den Einwand gemacht, es sei eine in sich widersprechende Willenserklärung, wenn der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten den Hauptvertrag von sich ausschliesse.

Wir müssen dieser Ansicht entgegen treten. Nehmen wir nämlich mit Degenkolb an, dass der Vorvertrag den Hauptvertrag, selbst wenn er ein Konsensualkontrakt ist, nicht in sich schliesst, so kann man auch weiter folgern, dass es keine in sich widersprechende Willenserklärung ist, wenn er ihn ausschliesst. Denn Vorvertrag und Hauptvertrag gehen auf verschiedene Objekte, der eine auf Vertragsschluss, der andere auf eine Leistung. Man wird es auch kaum als widersinnig bezeichnen können, wenn man sich diese Leistung nicht unmittelbar versprechen lässt, sondern erst infolge der in Aussicht genommenen Erfüllung des Vorvertrages.

B. Über den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in seiner Anwendung im Verkehr.

1. Im allgemeinen.

§. 9.

(Quellen: Baron, Kolleg. Degenkolb, S. 33, 75 ff. Göppert, S. 420 ff.)

Zeigten wir so im vorigen, wie sehr bestritten die Existenzfrage der Vorverträge zu Konsensualkontrakten auf dem Gebiete der Theorie ist, und glaubten wir doch, trotz nicht zu unterschätzender Gegenargumente, seine Möglichkeit in dieser Hinsicht annehmen zu dürfen, so ist damit doch noch nicht die Wirklichkeit des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten erwiesen. Wir halten es daher für nötig, uns etwas näher über seine Anwendung im Verkehr zu unterrichten.

Auch hier, so schicken wir voraus, mangelt es nicht — und dies ist gerade von der neueren Zeit besonders zu sagen — an Meinungen, welche sein thatsächliches Vorkommen im Verkehr in Abrede stellen, d. h.

behaupten, Vor- und Hauptvertrag fielen zusammen. Nicht wenig trägt hierzu wohl die jetzt weit verbreitete Auffassung über Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftliche Absicht bei. Darnach hat die Partei eine Geschäftsabsicht, nicht etwa eine Rechtsgeschäftsabsicht, sie sieht über das Rechtsgeschäft hinaus auf den materiellen, ökonomischen Erfolg; im Hinblick auf das erwünschte praktische Ziel wird das übersehen, was zum Ziele führt.[1]) Wenn nun bei dem Vorvertrage zu Konsensualkontrakten das Versprechen auf künftigen Vertragsschluss im Gegensatz zu dem gegenwärtigen Vertragsabschluss mit aufgeschobener Erfüllung scharf hervortreten muss, so liegt die Gefahr nahe, dass das oben erwähnte, lediglich auf die Realisirung gerichtete Streben der Parteien diesen Gegensatz mehr und mehr zurücktreten und unter Umständen womöglich ganz verschwinden lässt. Durch §. 779 R. C. P. O. scheint übrigens diese Richtung, welche die verpflichtende Willenserklärung zu Gunsten direkter Herstellung des durch sie erst zu vermittelnden Erfolges überspringen will, gewissermassen eine rechtliche Sanktion zu erhalten und von diesem praktischen Gesichtspunkte sind auch wohl diejenigen ausgegangen, welche uns als Gegner der logischen Möglichkeit[2]) des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten erschienen.

---

[1]) Ein Beispiel für diese Ansicht mag hier eine Stelle finden: Wenn etwa Jemand in einen Laden geht, um ein Buch für sich zu erstehen, so wird sich der Buchhändler ebensowenig wie sein Kunde in dem Augenblicke Gedanken darüber machen, dass sie einen Vertrag eingehen und welcher Art er sei. Es wird vielmehr jener nur in der Absicht befangen sein, den Kaufpreis zu erzielen, dieser, das gewünschte Buch zu erhalten.

[2]) In der Ansicht dieser Juristen sieht Degenkolb eine

Wir können diese Anschauung nicht teilen und müssen ihren Anhängern den Vorwurf machen, dass sie entweder die völlige Verschiedenheit der Obligation auf contrahere von der Verpflichtung eine Sache zu leisten etc. übersehen oder dass sie in Nichtachtung des Parteiwillens sich für berechtigt halten, einen vermeintlichen oder thatsächlich unnützen Weg abzuschneiden und den Kontrahenten ohne weiteres denjenigen Entschluss aufzudrängen, den sie vielleicht hätten fassen sollen, jedoch thatsächlich nicht gefasst haben. Die Parteien können aber verlangen, dass ihr Wille, falls er nicht rechtswidrig ist, selbst dann respektiert werde, wenn sie einen unnützen Umweg einschlagen oder sich den eigentlichen Zweck erschweren. Wir halten demnach den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in seiner Anwendung im Verkehr auch getrennt vom Hauptvertrage für möglich[1]).

2. Im besonderen: Über den einseitig- und 3. den zweiseitig bindenden Vorvertrag zu Konsensualkontrakten.

§. 10.

(Quellen: Bechmann, S. 271, 276 ff. Degenkolb, S. 26 ff. Zitelmann, Kolleg. Bechmann, S. 278, 533. Windscheid, §. 388. Degenkolb, S. 25. Österr. Bürgerl. Gesetzb. §. 1068. Jhering, Jahrb. XXXI, S. 270 ff. Degenkolb, S. 18. Bechmann, S. 278 ff.)

Einen kurzen Überblick verschafften wir uns soeben über den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in seiner Anwendung im Verkehr im allgemeinen: jetzt wollen wir die Grenzen unserer Betrachtung etwas

---

gewisse relative Berechtigung. Jedoch nicht in der versuchten logischen Begründung, sondern in dem berechtigten Widerstreben gegen unnütze Künsteleien und Umwege. Sie liegt also nicht in Gründen der Logik, sondern der Praktikabilität.

[1]) Wir erwähnen hier etwas, was sich auf alle Vorverträge

enger ziehen, und zerlegen zu diesem Zwecke den Vorvertrag in zwei Bestandteile und zwar in den einseitig bindenden und den zweiseitig bindenden Vorvertrag zu Konsensualkontrakten. Beschäftigen wir uns zuerst mit dem einseitig bindenden unter Vergegenwärtigung der oben gegebenen Definition: „Der einseitig bindende Vorvertrag begründet für den Promittenten die Verpflichtung, beim Abschlusse eines anderen Vertrages als Kontrahent mitzuwirken!“

In den Quellen ist, soviel ersichtlich, der einseitige Vorvertrag zu Konsensualkontrakten als selbständiges Geschäft nicht vertreten. Kein Grund dafür ist der Umstand, dass er als blosses pactum klaglos wäre, denn es bliebe ja die Möglichkeit der Stipulation, wie diese Form ja in Bezug auf das Darlehn vorkommt, z. B. in l. 68 D. 45. Obschon es heute keiner Form bedarf, so ist er deshalb als selbständig einseitig bindender kaum häufiger in Anwendung. Hingegen ist auch den Quellen der einseitig bindende Vorvertrag als unselbständiger Bestandteil eines anderen Rechtsgeschäftes bekannt. Nach der herrschenden Meinung ist der einseitig bindende Vorvertrag zu Konsensualkontrakten auch nach heutigem Rechte ohne Bedenken anzuerkennen. Der dem Vorvertrag eigentümliche und auf Vertragsschluss gehende Inhalt ist übrigens ein wesentlich unterscheidendes Merkmal für ihn von dem bedingten Hauptver-

---

bezieht; dieselben gehen nicht etwa, wie man vielleicht annehmen könnte, immer auf den Erwerb positiver Rechte, sondern auch auf Befreiung. Demnach giebt es auch Vorverträge zu liberatorischen Verträgen. Ferner kommen auch Vorverträge vor, welche auf Abschluss von Verträgen seitens des Verpflichteten mit einem Dritten, sowie solche, welche nicht auf Vertragsschluss, sondern auf dessen Unterlassung gehen.

trag, selbst wenn die Bedingung auf einseitige Handlung oder Erklärung eines Kontrahenten gestellt wäre. Für den Fall, dass die Bedingung nicht die Perfektion des Vertrages, sondern des aus ihm hervorgehenden Rechtsverhältnisses hemmen soll, ist der Vertrag als solcher perfekt und ein weiterer Abschluss unmöglich. Soll aber die Bedingung die Perfektion des Vertrages hemmen, so wird derselbe eben erst durch Eintritt der Bedingung perfekt, es existiert dann aber kein früherer perfekter Vertrag dem neu entstandenen gegenüber. Vorvertrag und bedingter Hauptvertrag schliessen sich aus; das bedingt abgeschlossene Geschäft kann nicht zum zweiten Male abgeschlossen werden. Von diesem der Gesichtspunkte aus kann Kauf auf Probe, trotzdem er in der geschäftlichen Tendenz und im praktischen Resultate dem Vorvertrage nahe verwandt ist[1]), nicht als Vorvertrag anerkannt werden.

Nicht ohne Interesse wird es sein, wenn wir kurz zwei Punkte streifen, über die man viel gestritten hat und noch streitet, wir meinen damit, ob der Wiederkauf und die Offerte unter die Vorverträge zu Konsensualkontrakten zu rechnen seien.

Es handelt sich nämlich bei dem pactum de retroe-

[1]) Thöl (§. 71, S. 433) sagt von ihm: „Der Handel ist entweder bereits ein Kauf, aber dieser einseitig aufkündbar, oder noch gar kein Kauf, sondern nur ein den Feilbieter bindender Vorvertrag zu einem Kauf. Daher hat der Feilbieter nicht die actio venditi, sondern, ist der Kauflustige ihm durch die übernommene custodia verpflichtet, eine praescriptio verbis actio."

Noch anderer Meinung ist Goldschmidt I, S, 262 ff:): „Der Kauf auf Probe erscheint, bei scharfer juristischer Auffassung, entweder als ein pactum de vendendo — falls der Handel suspensiv bedingt ist, oder als ein perfekter Kauf mit einem pactum de retroemendo zu Gunsten des Käufers."

mendo darum, ob dasselbe die Verpflichtung zur Eingehung eines neuen Vertrages enthalte oder ob es vielmehr lediglich die Auflösung des bestehenden zum Inhalte habe. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch definirt: „Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heisst das Recht des Wiederkaufes.“ Diese Begründung würde sich wohl mit derjenigen des römischen Rechtes decken. Es ergiebt ein Recht auf Einlösung der Sache gegen einen bestimmt festgesetzten Preis, nicht etwa ein Recht auf Kaufschluss. Der Anspruch aus diesem pactum geht also nicht auf Vertragsschluss, sondern auf Rückgabe. Es liegt also kein Vorvertrag vor.

Wir kommen zum zweiten Punkt; der unwiderruflichen Offerte. Ihre Ähnlichkeit mit dem einseitig bindenden Vorvertrag zu Konsensualkontrakten ist ziemlich erheblich, so dass dadurch von jeher nicht selten Verwechselungen herbeigeführt worden sind. Die Hauptähnlichkeit besteht darin, dass auch bei dieser die Verpflichtung des Offerenten in den Willen des Oblaten gestellt ist. Die Hauptverschiedenheit, die auch Adler's Polemik in Jhering's Jahrbüchern nicht mit Erfolg bestreitet, erblicken wir mit Bechmann und Degenkolb darin, dass das Versprechen, künftig einen Vertrag abzuschliessen, keineswegs mit dem Versprechen identisch ist, eine Offerte aufrecht zu erhalten. Während in dem ersten Falle jemand die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung übernimmt, so dass er gemäss §. 779 der R. C. P. O. zur Abgabe der Erklärung verurteilt werden kann, verpflichtet sich im zweiten Falle jemand, die abgegebene Willenserklärung nicht zurück zu nehmen, so dass höchstens ein Entschädigungsanspruch möglich ist.

Demnach würde auch in diesem Falle die Frage, ob ein Vorvertrag vorliege, zu verneinen sein.

§. 11.

(Quellen: Jhering, Jahrb. XXXI, S. 257 ff. Bechmann, S. 281 ff. Zitelmann, Kolleg. Degenkolb S. 25, 29.)

Etwas eingehender wie mit dem einseitig bindenden, werden wir uns im folgenden mit dem zweiseitig bindenden Vorvertrage zu Konsensualkontrakten zu beschäftigen haben. Wir geben auch hier der Uebersicht halber noch einmal seine Definition wieder: „Der zweiseitig bindende Vorvertrag ist vorhanden, wenn jede Partei der anderen gegenüber verpflichtet ist, den Hauptvertrag auf Verlangen abzuschliessen."

Es ist hervorzuheben, dass demselben stets ein Zweileistungsvertrag als Hauptvertrag gegenüber stehen muss. Eine Verpflichtung zum Empfange einer Leistung ist kaum zulässig. Mehr noch als der einseitig bindende Vorvertrag zu Konsensualkontrakten wird der zweiseitig bindende für unmöglich gehalten. Nicht allein diejenigen, welche schlechthin die Möglichkeit der Vorverträge in ihrer Anwendung auf die Konsensualkontrakte bestreiten, verwerfen seine Zulässigkeit, sondern auch viele, die den einseitig bindenden anerkennen[1]), sprechen sich gegen die Existenzberechtigung des zweiseitig bindenden aus.

[1]) Koch (Ford. III, S. 197) erkennt den einseitig bindenden Vorvertrag zu Konsensualkontrakten unbedingt an, im übrigen behauptet er, das pactum de contrahendo sei entweder unvollständig, d. h. wegen mangelnder Bestimmungen im wesentlichen des Geschäftes imperfekt, oder es wäre ein ungenau ausgedrückter wirklicher Kontrakt, wie z. B. „wenn einer dem andern verspricht, ihm sein Haus für 1000 auf künftige Weihnachten zu verkaufen". Dies sei der Kaufkontrakt selbst, der zu Weihnachten erfüllt werden solle.

So z. B. Bechmann. Er führt aus: Eine Abgrenzung zwischen Vor- und Hauptvertrag im vorliegenden Falle könne man vielleicht darin erblicken, dass es dem Vorvertrage etwa noch an der nötigen Bestimmtheit fehle; in diesem Falle, so folgert er weiter, sei aber der Vorvertrag ungiltig, denn wie könne aus einem unbestimmten Vertrag die Verpflichtung begründet werden, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen. Gerade für das, was im Hauptvertrag bestimmt sein müsse, würde ja der Vorvertrag keinen Anhaltspunkt bieten. Oder man könne die Abgrenzung in dem Mangel der Form erblicken, die für den Hauptvertrag erforderlich ist: da das gemeine Recht nur wenig Formvorschriften kenne, so könne nur durch die Partikularrechte die Frage beantwortet werden, ob die einem formellen Abschlusse vorhergehende formlose Verabredung einem klagbaren Vorvertrage gleich zu achten sei oder nicht. Für den Fall, dass schriftliche Abfassung des Vertrages ausbedungen sei, trete die Rechtsvorschrift in Kraft, dass die Verabredung bis zur Herstellung der Form ohne alle rechtliche Bedeutung sei. Da nun ferner für den zweiseitigen Vorvertrag das charakteristische Merkmal der einseitigen Gebundenheit, wie sie naturgemäss bei einseitigen vorliegt, fehle, so läge wohl kaum ein Bedürfnis für den zweiseitig bindenden Vorvertrag zu Konsensualkontrakten vor. Zwecklose Geschäfte zu sanktionieren könne aber nicht in der Aufgabe der Rechtsordnung liegen.

Dass diese Ausführungen manches richtige enthalten, liegt auf der Hand, doch können wir ihnen im ganzen nicht ohne weiteres zustimmen. Denn die Möglichkeit eines zweiseitig bindenden Vorvertrages zu Konsensualkontrakten ist durchaus nicht ausge-

schlossen für den Fall, dass die Parteien sich verpflichten, den Vertrag erst später zu schliessen, also wenn sie dementsprechend einerseits ausdrücklich die den Hauptvertrag bildenden Erklärungen in dem Vorvertrage nicht enthalten wissen wollen, wenn sie ferner andererseits eine formlose Erklärung, aus welcher auch ohne Vorvertrag auf das Zustandekommen des Hauptvertrages geschlossen werden kann, zu der Form des Hauptvertrages erheben. Wir halten es für angebracht, die Fälle anzuführen, in denen unserer Ansicht nach wohl noch allein ein zweiseitig bindender Vorvertrag zu Konsensualkontrakten denkbar ist:

a. Entweder: Der Vertrag ist perfekt. Es fehlen nur noch verschiedene Nebenbestimmungen dispositiver Natur.

b. Oder: Der Vertrag ist abgeschlossen. Er soll nur um der vollständigen Perfektion willen in einer nötigen Form nochmals abgeschlossen werden.

Wie oben schon ausgeführt, sind gerade diese Fälle nicht unbestritten und selbst Degenkolb nimmt gegen sie Stellung. Zu Punkt a. behauptet er, wenn der Vertrag schon perfekt wäre, so seien durch ihn die sog. Naturalia als bereits durch ihn selbst gesetzt, anzuerkennen und es sei demnach juristisch für seine Kraft gleichgiltig, dass die Kontrahenten eine Abänderung beabsichtigten. Denn dieselbe käme doch in keiner anderen Weise zu Stande, als jede sonstige hinterher gewünschte Aenderung bestehender Vertragsverhältnisse, nämlich durch vollständig freiwillige Entschliessung beider Parteien.

Wir geben gewiss zu, dass die Naturalia in Anwendung kommen müssen, wenn die in Aussicht genommenen dispositiven Bestimmungen nicht getroffen

werden, und die Festsetzung dieser Bestimmungen wird auch dieselbe sein, wie wenn die Kontrahenten hinterher aus freiwilliger Entschliessung einen bestehenden Vertrag umändern. Dies beweist aber nicht, dass die Parteien aus irgend welchen für den konkreten Fall ihnen massgebenden Gründen nicht etwa den Vertrag schliessen können unter der Verabredung, später noch Nebenbestimmungen dispositiver Natur zu treffen, und dass in diesem Falle der Vertrag nicht als Vorvertrag betrachtet werden kann im Gegensatz zu dem Vertrage, der in Kraft tritt, wenn die Nebenbestimmungen getroffen sind oder wenn statt ihrer notgedrungen die Naturalia in Anwendung kommen müssen. Was nun den Punkt b. angeht, so meint er, bei der Verabredung, den Vertrag nochmals in einer nötigen Form abzuschliessen, handle es sich nicht um ein contrahere, sondern um ein facere von ganz anderem Inhalt: „um ein Mitwirken zur Beglaubigung des bereits geschlossenen Kontraktes." Die Parteien wollten durch die feierliche Vollziehung nicht den bereits geschlossenen Vertrag aufheben und einen neuen an seine Stelle setzen, so dass sich die Abrede der nochmaligen formellen Vollziehung etwa in die Zusicherung eines sich daran sofort anschliessenden neuen contrahere oder in etwas ähnliches umsetzen liesse. Auch könne man nicht noch einmal durch identischen Vertrag festsetzen, was schon durch Vertrag bestehe.

Um an den letzten Punkt anzuknüpfen, so wüssten wir nicht, weshalb die Parteien etwas, was schon durch Vertrag festgesetzt ist, aus irgend welchen Gründen nicht nochmals durch ein identisches contrahere bestimmen könnten, selbstredend unter Negierung des früheren und weisen darauf hin, dass Degenkolb

selbst in seiner neuredigierten Schrift (S. 71) an anderer Stelle sich zu dieser Möglichkeit bekennt. Auch scheint es uns bei der Verabredung nochmaliger feierlicher Vollziehung gerade in der Absicht der Parteien zu liegen, durch die Erfüllung dieser Abrede die Aufhebung des bisherigen formlosen Vertrages herbeizuführen und ein neues formelles contrahere an seine Stelle zu setzen.

Wir halten, wie gesagt, die oben (a, b) angeführten beiden Fälle für die einzig möglichen, in denen der zweiseitig bindende Vorvertrag zu Konsensualkontrakten noch abgesondert vom Hauptvertrage bestehen kann. Die Angriffe, welche hiergegen gemacht sind und deren teilweise Erwähnung gethan (vgl. S. 34 ff.), können kaum eine durchschlagende Wirkung haben. Überdies, wenn auch diese Fälle noch hinfällig werden, was bleibt dann noch übrig von zweiseitig bindenden Vorverträgen zu Konsensualkontrakten? Die Antwort, welche Degenkolb hierauf giebt, ist so allgemeiner Natur, dass sie nichts greifbares liefert. Unter den angegebenen Fällen kann man sich doch etwas vorstellen, und so lange sie nicht mit Erfolg bekämpft werden, werden sie wohl auch die einzige Möglichkeit einer Trennung von Vorvertrag und Hauptvertrag bei zweiseitig bindenden Vorverträgen zu Konsensualkontrakten darstellen. Fallen auch sie, so würde auch wohl mit ihnen diese Möglichkeit schwinden.

4.—7.

§. 12.

(Quellen: Zitelmann, Kolleg. R. G. 11. Juni 1870, Göppert, S. 402 ff. Degenkolb, S. 7, 27 ff.)

Um eine möglichst klare Darstellung über den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten zu geben, lassen wir hier eine Betrachtung folgen, welche den sog. antici-

pierten Vertragsbestandteil und die pacta praeparatoria behandelt und die Frage nach ihrer Zugehörigkeit zu den Vorverträgen erledigt.

Zu diesem Zwecke schenken wir zuerst dem sog. anticipierten Vertragsbestandteil unsere Aufmerksamkeit und führen ein Beispiel für einen solchen Fall an. Es bittet jemand (A) einen anderen (B) um seine Kundschaft. B. erklärt sich bereit, im Bedürfnisfall von A. Waaren beziehen zu wollen, jedoch unter der Bedingung, dass er keinen Kaufpreis an den A. zu zahlen brauche, sondern, dass dieser wiederum Waaren des B. dafür nehmen solle. B. erhält nun später wirklich Waaren von A., leistet jedoch auf die übersandten Rechnungen hin keine Zahlung. Auf Grund einer erfolglosen Mahnung klagt A. gegen B. die Summe nebst 5 % Zinsen ein. B. wendet ein, es liege kein Kauf vor, denn A. habe nur das Recht, für die betreffende eingeklagte Summe, unter Abrechnung der Zinsen, von ihm Waaren zu entnehmen. Es liege seinerseits keine Schuld vor, wenn A. dies bisher nicht gethan habe. Die Entscheidung fiel in diesem Falle (R. G. 11. Juni 1870) zu Gunsten des B. aus, denn die Vertragsklausel kam in jedem Falle eines Vertragsabschlusses zur Anwendung. Hingegen würde man diese anticipierte Vertragsklausel[1]) nicht als Vorvertrag bezeichnen können, denn

[1]) Man muss diese Art der Verträge, welche anderen Kontrakten bisweilen vorausgehen, wohl von den Vorverträgen unterscheiden. In solchen Fällen treffen die Parteien Abmachungen über Grundsätze, welche sie in künftig zu schliessenden Verträgen beachten wollen; etwa gewisse Konventionen der Buchhändler über den Geschäftsverkehr. Hervorzuheben ist, dass hieraus keineswegs Obligationen entstehen, besonders keine Verpflichtungen, Verträge dieser Art in Zukunft wirklich einzugehen. Die rechtliche Bedeutung derselben ist die, dass, wenn in Zukunft Verträge der erwähnten Art unter den Kontrahenten wirk-

es waren seitens der Kontrahenten keinerlei Verpflichtungen auf künftigen Vertragsschluss übernommen worden.

Es bedarf jetzt die zweite oben gestellte Frage der Erledigung: Würde man die sog. pacta praeparatoria zu den Vorverträgen im eigentlichen Sinne rechnen können?

Pacta praeparatoria sind Vertragsberedungen, welche sich durch ihre Widerruflichkeit und durch ihren vorbereitenden Charakter im Gegensatz zu dem vorzubereitenden Vertrag auszeichnen. Auch hier tritt wieder das Vorläufige dem Endgiltigen gegenüber. Die Vertreter der älteren Doktrin sahen ihren Zweck darin, dass ihr Abschluss Zeit zur Ueberlegung verschaffe, worauf sie dann weiter auf die ihnen eigentümliche und schon oben erwähnte Widerruflichkeit schlossen. Man wird behaupten dürfen, dass eine Verpflichtung unter der Bedingung weiterer Ueberlegung nicht als rechtsverbindlich gelten soll, so dass sie einem blossen Traktate gleich zu achten ist. Ihre Aehnlichkeit mit dem Vorvertrage im eigentlichen Sinne liegt nahe. Auch dieser erscheint in seinem Verhältnis zum Hauptvertrage als dessen Vorbereitung und so hat man ihn unter die pacta praeparatoria im weiteren Sinne gerechnet. Von einem Vorvertrage kann man aber nur da reden, wo die gegebene Willenserklärung den Versprechenden binden soll. Dieses Moment scheidet offenbar den Vorvertrag aus der Reihe der pacta praeparatoria aus. Man wird daher gut thun, diese Schei-

lich zu Stande kommen sollten, diese Abmachungen, vorausausgesetzt dass keine entgegengesetzten Vereinbarungen getroffen sind, in Wirkung treten, etwa wie sonst die gesetzlichen Naturalien. Die rechtliche Geltendmachung würde durch exceptio doli erfolgen müssen.

dung stets zu kennzeichnen, damit die so schon hinreichend schwankenden Begriffe des Vorvertrages nicht noch mehr ins Unklare gezogen werden

§. 13.

(Quellen: Degenkolb, S. 31 ff.)

Bei der Betrachtung des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten in all den streitigen Fällen wird man es verstehen können, wenn Degenkolb zu der Frage kommt: „Unter welchen Umständen ruht die Zwischenschiebung des Vorvertrages vor einem Konsensualkontrakt auf sachlich vernünftigem Motiv?“ Die Antwort kann natürlich nur ebenso allgemein ausfallen, wie die Frage. Man wird den Vorvertrag als sachlich motiviert ansehen müssen, wenn er geschlossen ist, um den gegenwärtigen Abschluss des Hauptvertrages zu verneinen und damit die aus dem Hauptvertrage sich ergebenden Rechtsfolgen wie Gefahrübernahme, dingliche Gebundenheit und dergleichen vor der Hand zu vermeiden. Ob dieses Verfahren nun gerade zweckmässig ist oder ob sich vielleicht durch Modifikationen[1]) des Hauptvertrages dasselbe erreichen liess, das zu erörtern, ist hier nicht der rechte Ort. Der Erwähnung

[1]) Ohne Zweifel wird sich in vielen Fällen die Vermeidung der betreffenden Rechtsfolgen bei sofortigem Abschluss des Hauptvertrages durch Nebenabreden oder sonstige Kautelen gerade so vorteilhaft, ja noch vorteilhafter bewirken lassen, als durch Zwischenschiebung des Vorvertrages. Aber woher sollen die Kontrahenten in jedem Falle das zweckmässigste und einfachste Mittel kennen? Im Gebiete des französischen Rechtes wird übrigens die Verklausulierung des Hauptvertrages anstatt des Vorvertrages durch Art. 1589 des Code civil geradezu zur rechtlichen Notwendigkeit gemacht. Es heisst dort: „La promesse de vente vau vente, lorsqu'il y a consentement reciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.“

bedarf es nur, dass von der Voraussetzung der hinreichend sachlichen Begründetheit des Vorvertrages seine rechtliche Anerkennung abhängig sein wird.

§. 14.

(Quellen: Degenkolb, S. 77, 79 ff. Regelsberger, S. 131.)

Über die Eigentümlichkeiten des Vorvertrages das wesentliche zu sagen, nahmen wir oben im allgemeinen Teil Gelegenheit. Bei der Betrachtung des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten könnte noch besonders hervorgehoben werden, dass wegen der Selbständigkeit des Vorvertrages gegenüber dem Hauptvertrage etwaige diesbezügliche Erfordernisse des letzteren nicht ohne weiteres auf den Vorvertrag bezogen werden dürfen. Andererseits kann aber auch notwendigerweise die Übertragung der Formerfordernisse auf den Vorvertrag bedingt sein.

Hinsichtlich des Anspruchs wird gerade bei Vorverträgen zu Konsensualkontrakten zu betonen sein, dass der Vollzug gegen den sich Weigernden durch richterlichen Ausspruch, dass der Vertrag als abgeschlossen zu betrachten sei, erzwungen werden kann[1]). Das Urteil wird unmittelbar auf Abschluss des Vertrages gehen, denn gerade diese auf contrahere gehende, dem Vorvertrage eigentümliche Wirkung bildet doch hauptsächlich ein unterscheidendes Merkmal zwischen Vor- und Hauptvertrag, ihre Verneinung würde ihn in

[1]) Die eigentümliche Mittelmeinung, welche Göppert verficht (Kr. V. J. Schr. XIV, S. 412 ff.), mag hier erwähnt werden. Er hält für Urteil und Exekution an der Richtung auf contrahere fest, verwirft aber die Ergänzung des von der Partei standhaft verweigerten contrahere durch den Richter. Durch §. 779 der R. C. P. O. wird die Behauptung hinfällig.

sich selbst vernichten. Der vermeintliche Vorvertrag wäre eben nur ein bedingter Hauptvertrag auf Interesseleistung, das contrahere ginge nicht in obligatione, sondern in conditione.

C. Über den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten in der Praxis.

§. 15.

(Quellen: Dernburg, II. §. 10. S. 26 Degenkolb, S. 81 ff. Entscheid. des R. G. I. C. S. vom 4. Mai 1881, Bd. IV. 47. Entscheid. des R. O. H. G. S. I vom 14. Januar 1873, Bd. VIII, 364.)

Es erübrigt noch, einen Blick darauf zu werfen, welche Beurteilung die Vorverträge zu Konsensualkontrakten in der Praxis erfahren. Dieselben kommen namentlich vor, wenn es sich um eine Mehrheit künftiger Geschäfte handelt, deren Idividualisirung vorläufig nicht thunlich ist. Es verpflichtet sich z. B. ein Landwirt, einem Getreidehändler seine sämmtlichen Fruchterträge für den Fall rechtzeitiger Bestellung gegen den Tagespreis für eine gewisse Zeit zu liefern. Wir wollen hier zwei Belege aus der Praxis der Gerichte anführen, um auch einigermassen ein Bild davon zu geben, welche Beurteilung und Begründung der Vorvertrag erfährt.

Fall I. Ist in der Policeklausel, dass das Schiff im Anschluss an das — sich auf eine bestimmte Reise beziehende — Risiko dieser Police auch für die folgende Reise gegen eine nach Billigkeit zu regulierende Prämie versichert bleiben soll, ein perfekter Versicherungsvertrag oder nur die Bereiterklärung des Versicherers zur Übernahme der weiteren Versicherung enthalten?

Entscheidung des R. G. (I. C. S.) vom 4. Mai 1881, Bd. IV, 47, betreffend Seeversicherung mit der oben angeführten Klausel: „Kläger beschwert sich darüber,

dass die Beklagten nicht schon jetzt nach dem Klageantrag verurteilt seien. . . . . Mit Unrecht kommt Kläger behufs Begründung dieser Beschwerde darauf zurück, dass die in die Police aufgenommene Klausel nicht einen beide Teile fest bindenden Versicherungsvertrag, sondern nur ein pactum de contrahendo enthalte, kraft dessen das Schiff für die folgende Reise nur versichert bleiben solle, sofern eine andere Versicherung nicht genommen sei. Die erste und zweite Instanz entschieden zu Ungunsten des Klägers, indem sie übereinstimmend annahmen, dass durch jene Klausel die Versicherer das Risiko der folgenden Reise bereits fest übernommen haben. Auch würde hierin eventuell den Vorinstanzen nur beigepflichtet werden können, da die Klausel sowohl nach ihrem Wortlaute als nach ihrem vernünftigen Zweck unmöglich in dem ihr vom Kläger beigelegten Sinne verstanden werden kann, nach welchem sich die Versicherer nur zur Übernahme der Versicherung der folgenden Reise bereit erklärt haben würden."

Fall II. Klausel in einem auf mehrere Jahre geschlossenen Hagelversicherungsvertrage, dass alljährlich unter Vorlegung der Aussaatregister die Versicherung zu erneuern und eine andere Police zu entnehmen sei. — Klausel in dem Statut der „Hagel- und Versicherungsbank für Deutschland" in Berlin.

Entscheidung des R. O. H. G. Sen. I vom 14. Januar 1873, Bd. VIII, 364.

„Rittergutsbesitzer F. D. war im Jahre 1869 der Gesellschaft auf 5 Jahre beigetreten, hatte auch für dieses Jahr seine Prämie gezahlt, weigerte sich aber im Jahre 1870 einen Erneuerungsantrag zu stellen. Auf Grund des §. 60 der Statuten erklärte ihn die Gesell-

schaft für ausgeschieden und klagte gegen ihn auf Zahlung von 133 Thlr. 23 Gr. als Betrag der Prämie des letzten Jahres. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil ein pactum de contrahendo vorliege, dem die Essentialien des Versicherungsvertrages fehlten, in zweiter Instanz jedoch wurde Beklagter nach Klageantrag verurteilt.

Unter anderem wurde anerkannt, dass ein Vertrag, welcher eine künftige Versicherung zum Gegenstand hat, nicht giltig sein kann, wenn die wesentlichen Erfordernisse eines Versicherungsantrages, insbesondere Versicherungsgegenstand und Versicherungssumme, unbestimmt gelassen sind und deren Bestimmung einer späteren, vom Belieben eines der Kontrahenten abhängigen Vereinbarung vorbehalten ist. Das kann jedoch im gegebenen Falle nicht gesagt werden; denn die in jedem Jahre auf dem Gute des Verklagten angebauten Früchte lassen sich durch eine, jede Willkür ausschliessende, Aufnahme bestimmen. Nach dem Statut hätte die Gesellschaft auch unrichtige Deklarationen berichtigen können.

In solchen Fällen lässt sich nicht sagen, es sei die Bestimmung des Gegenstandes lediglich der Willkür des Verpflichteten überlassen, vielmehr ist ein Vertrag, der in dieser Weise bedingt ist, als vollkommen rechtsverbindlich zu erachten."

Wir sehen, wie das Gericht im Falle I den Vertrag nicht als Vorvertrag, sondern als schon abgeschlossenen Hauptvertrag bezeichnet, im Falle II dagegen einen Vorvertrag annimmt, obwohl doch das punctum saliens in den vorliegenden Fällen dasselbe sein dürfte. Diese Fälle mögen genügen, obschon sich noch viele anführen liessen, aus denen hervorginge, wie sich die-

selben Streitigkeiten, denen wir auf dem theoretischen Gebiete begegneten, auch in der Praxis wiederspiegeln, wie sich auch hier dieselben Widersprüche und Schwankungen sowohl in der allgemeinen wie auch in der konkreten Frage über Dasein und Abgrenzung des Vorvertrages zum Hauptvertrage finden.

D. Über Ziel und Zweck des Vorvertrages.

§. 16.

(Quellen: Göppert, S. 420. Degenkolb, S. 88 ff. Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F., III, 24.)

Es wird jetzt, wo wir uns über das wesentliche des Vorvertrages im allgemeinen wie auch des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten im besonderen unterrichtet haben, hier der geeignete Ort sein, uns einmal nach dem Zweck und der praktischen Bedeutung des Vorvertrages umzusehen. Wir wollen diese Angelegenheit im Anschluss an die vorstehende Ausführung zuerst bezüglich der Konsensualkontrakte abthun. Man wird in diesem Falle auch wieder den Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Vorverträgen machen müssen. Das Bedürfnis der ersteren ist am wenigsten bestritten, da ja auch manche dasselbe anerkennen, welche Gegner der zweiseitigen sind. In der Praxis kommt nach Degenkolb auch vielfach der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten als Abrede auf Vertragsproduktion vor. Dieselbe erfolgt als sog. Vertragsvollziehung. — Wie sich diese Anschauung Degenkolb's mit seiner oben erwähnten ablehnenden Haltung gegenüber dem formellen Abschluss verträgt, ist uns nicht erklärlich. — Sie verwirklicht demnach eine Abrede auf Vertragsschluss, also ein pactum de contrahendo.

Der Vorvertrag wird auch verwendet zum Zwecke der sicheren Herbeiführung von Wirkungen, welche

sich bei sofortigem Abschluss des Hauptvertrages etwa durch Modifikationen herbeiführen liessen. Er dient in dem Falle also dem Zwecke der Vereinfachung. Andere bezeichnen ihn geradezu unter Hinweis auf den ihm innewohnenden Sicherungszweck als Sicherungsgeschäft.

Im allgemeinen wird man die Vorverträge dahin charakterisieren können: Sie sind ein geeignetes Mittel, um sich Absatz für Waaren, Leistungen und die Befriedigung irgend welcher notwendigen Erfordernisse für die Zukunft zu sichern, ohne für die Gegenwart irgend welchen Verbindlichkeiten zu unterliegen.

Schluss.

§. 17.

Lassen wir unseren Blick noch einmal über die ganze Abhandlung gleiten, so müssen wir erkennen, dass der Vorvertrag als solcher wie seine wesentlichen Bestandteile nicht unbestritten sind, dass sich die Zweifel über seine Existenzberechtigung im Hinblick auf seine Anwendung zu Konsensualkontrakten noch bedeutend vermehren. Glaubten wir auch unter Anführung der verschiedenen Ansichten seine Möglichkeit in der Theorie anerkennen zu können, zeigten wir sodann, wie er thatsächlich in der Wirklichkeit zur Anwendung kommt, fanden wir ferner, dass ihn die Praxis gerade so gut anerkennt, wie teilweise ihn als unzulässig bezeichnet, erwogen wir endlich seinen Zweck und seine Ziele, — so können wir ihm gerade nicht eine besonders grosse Bedeutung beimessen. Die überaus grosse Schmiegsamkeit und Elastizität des heutigen Vertrages wird ohne Zweifel in sehr vielen Fällen durch irgend welche Modifikationen den Vorvertrag ersetzen

können. Aber damit ist nicht gesagt, dass die Parteien sich immer dieses Mittels anstatt des Vorvertrages bedienen werden und in manchen, wenn auch vielleicht nicht sehr zahlreichen Fällen, werden sie auch heutzutage noch geradezu auf den Vorvertrag angewiesen sein. Man wird daher gut thun, nicht allzu schroff über denselben zu urteilen oder ihm etwa jede Existenzberechtigung abzusprechen, sondern ihm immerhin einige Geltung zu lassen.

Literatur.

Bechmann, Kauf II (1884).

Beseler, Erbverträge II (1837).

Degenkolb, I, II.

Dernburg, II.

Endemann, Handb. II (1882).

Entscheid. des R. G., Bd. IV, 47, Bd. VIII, 364.

Förster, Bd. I.

Göppert, Kr. V. J. Schr., XIV. Bd. (1872).

Goldschmidt, H. R. I (1858).

Jhering, Jahrb. XXXI (1892).

Koch, Ford. III (1843).

R. O. H. G. Entscheid. Bd. II, S. 125.

Regelsberger, Civilr. Erört. I (1868).

Seuffert, Archiv XXX, III, IV, 47, XIX, 35.

Storch, Darlehnsvertrag (1878).

Thöl, H. R., 5. Aufl. I,

Thöl, H. R., I, 4. Aufl.

Windscheid, II, 5. Aufl.

VITA.

Geboren wurde ich, Paul Gottschalk, am 9. Mai 1870, als Sohn des Mühlenbesitzers Julius Gottschalk und dessen Ehefrau Ida, geb. Kappel, zu Hilden, Kreis Düsseldorf. Zunächst besuchte ich die Elementarschule und die Rektoratschule meiner Heimatstadt und von Ostern 1883 ab das Gymnasium zu Gütersloh. Daselbst bestand ich am 16. März 1892 mein Abiturientenexamen. Alsdann bezog ich die Universitäten Marburg und Bonn. Am 2. Juli 1895 bestand ich beim Oberlandesgericht zu Cöln die erste juristische Staatsprüfung.

Meine akademischen Lehrer waren die Herren Professoren und Dozenten:

In Marburg: Enneccerus, Lehmann, Leonhard, Paasche, Rathgen, Ubbelohde, Wachenfeld, Westerkamp.

In Bonn: Baron, Endemann, Kahl, Koser, Loersch, Pelman, Sartorius, von Schulte, Seuffert, Ungar, Zitelmann.

Diesen hochverehrten Herren meinen besten Dank.